

PROCESSO AMBIENTAL, EFETIVIDADE E AS TUTELAS DE URGÊNCIA

Jeferson Dytz Marin

Doutor em Direito – UNISINOS.
Mestre em Direito – UNISC.
Professor da graduação e pós-graduação da UCS - RS
End. eletrônico: jefersonlunellimarinadvogados@gmail.com

Carlos Alberto Lunelli

Doutor em Direito – UNISINOS.
Mestre em Direito – UNISINOS.
Professor do Programa de Mestrado da Universidade de Caxias do Sul – RS
End. eletrônico: calunelli@gmail.com

Resumo: A problemática ambiental vem assumindo grande importância na sociedade atual. A utilização demasiada dos recursos serve como base para grandes discussões. Ao mesmo tempo em que se reconhece ao cidadão o direito de usufruir do ambiente que o cerca, impõe deveres, no sentido de garantir-se a utilização racional dos recursos ambientais. Apesar da existência de uma vasta legislação ambiental, o tema exige maiores mecanismos de controle, visando à proteção e garantia dos recursos naturais.

Palavras-chave: Ambiente. Legislação. Recursos. Espécie humana.

ENVIRONMENTAL PROCESS, EFFECTIVENESS AND THE URGENT CASES

Abstract: *The importance of the troublesome question involving the environment has been continually increasing in our present society. The abuse in using natural resources has been the basis for big discussions. Although all the citizens must be granted the right to use their surrounding environment, it also makes it necessary to impose certain obligations in order to assure the rational use of natural resources. Despite the existence of a large environmental legislation, such a theme demands larger controlling mechanisms to protect and keep the natural resources.*

Key words: *Environment. Legislation. Resources. Human Kind.*

1 INTRODUÇÃO

A questão ambiental é um dos temas mais importantes dos tempos atuais. A utilização descuidada do ambiente e a limitação dos recursos naturais estabelecem discussões que envolvem, inclusive, a própria sobrevivência da espécie humana.

Reconhece-se ao cidadão o direito de usufruir do ambiente que o cerca, ao mesmo tempo em que se lhe impõe deveres, no sentido de se garantir a utilização racional dos recursos ambientais. Ao Direito – no seu papel de regulador da conduta e da vida humana em sociedade – cabe desenvolver mecanismos de proteção do ambiente e da atuação do homem sobre o meio em que vive.

Embora exista intensa legislação sobre o tema, a proteção ambiental exige mais, na medida em que é apenas através da adoção de mecanismos de controle e aplicação da lei eficaz que se poderá alcançar a racional utilização do meio ambiente.

A constitucionalização do direito ambiental demonstra a importância que se reconhece ao tema. Todavia, essa importância apenas ganha forma se for refletida na conduta social.

As possibilidades processuais que se prestam ao exercício da jurisdição alicerçam-se, em regra, numa concepção civilista, própria para a tutela dos direitos individuais e privados. Tutelar o meio ambiente exige postura diferente, especialmente porque se trata de um direito transindividual, que escapa da ideia tradicional para a qual está voltado o processo.

Essa verificação partirá de uma visão publicista do processo, situando-o como um dos ramos do Direito Público que servem de instrumento para o alcance efetivo da tutela jurisdicional.

Espera-se que o processo, dentro de um enfoque instrumental, cumpra integralmente toda a sua função, alcançando seus objetivos, e que possa privilegiar o resultado e considerar o caráter transindividual do direito ambiental que se procura garantir.

Exemplificativamente, tratando-se de um direito transindividual, que alcança o coletivo, não se pode regular tais processos pelo princípio dispositivo, na medida em que o interesse público sobrepõe-se às delimitações processuais trazidas pelas partes. Igualmente e pelas mesmas razões, esvazia-se o princípio da estabilidade subjetiva da demanda. Ainda, e na mesma linha de argumentação, não cabem os princípios relativos ao ônus da prova quando o interesse é defender o ambiente, que se apresenta como

direito de todos, no mais das vezes não presentes na relação processual.

A verificação dos princípios processuais e do processo destinado à tutela ambiental representa importante avanço na formação do processo, como instrumento de garantia dos direitos fundamentais inseridos na Constituição, aí também incluído o Direito Ambiental.

2 DIREITO AMBIENTAL = DIREITO FUNDAMENTAL

Compreendido o Direito Ambiental como um direito fundamental e reconhecida a importância da temática ambiental e da criação de instrumentos de proteção efetiva ao ambiente, desloca-se a discussão para a efetiva natureza desse Direito Ambiental.

A questão que se coloca, num primeiro plano, refere-se à evidente diferenciação existente entre o Direito Ambiental e outros direitos constitucionalmente reconhecidos.

O Direito Ambiental registra, por exemplo, evidente diferenciação dos direitos individuais. Estes, porque adstritos ao indivíduo, são de garantia passível de controle, isto é, sua violação é facilmente percebida. Como também é de fácil determinação sua titularidade.

O Direito Ambiental, contudo, registra ainda peculiaridades diversas. A percepção dessas características passa, em primeiro lugar, pela percepção da natureza do bem ambiental. Essa natureza é dita transindividual, porque representa bem de interesse da coletividade. Seus titulares, aliás, são indeterminados. Pode-se, todavia, afirmar que todos aproveitam os bens ambientais, já que a vida humana deles depende.

Nesse ponto, mesmo se comparado a outros direitos difusos – o direito do consumidor, por exemplo – é fácil perceber a importância que merece o direito ambiental, exatamente porque condição de possibilidade da vida humana. De nada adianta extensas legislações de proteção do consumidor se não se cuidarem das condições básicas da sobrevivência da espécie humana.

Classificado na categoria dos interesses difusos, ao meio ambiente reconhece-se posição diferenciada. Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli afirma, em síntese, que difusos são os interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. Em sentido lato, os mais autênticos interesses difusos, como o meio ambiente, podem ser incluídos na categoria do interesse público¹.

¹ MAZZILLI, 1998, p. 5.

Para José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, os “interesses difusos constituem uma tentativa de garantir a equiprimordialidade entre o interesse público e o interesse privado, através do reconhecimento do caráter intersubjetivo dos conflitos jurídicos”².

Enfim, está-se diante de um direito especial, e proteger o bem ambiental importa em garantir a continuidade das gerações futuras.

Dentro desse enfoque, o artigo 225, da Constituição Federal, reconhece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, afirmando-o “bem de uso comum do povo”. Essa definição é a mesma que se insere no inciso I, do artigo 66, do Código Civil, que considera bens públicos os bens de uso comum do povo, assim reconhecendo os mares, rios, estradas, ruas e praças.

Quando se trata do “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, a controvérsia desloca-se para o aspecto de que os bens que compõem esse meio ambiente, muitas vezes, pertencem ao domínio privado. Assim é que o particular pode registrar a propriedade sobre determinada área de terras, onde existam espécimes de vegetação, que se constituem em objeto de interesse da coletividade.

A evolução da sociedade determinou que o próprio direito de propriedade fosse trazido ao nível constitucional com o objetivo de atender à sua função social. E, por isso, essa “função social” torna-se essência do conceito de propriedade, de modo que, ao titular da propriedade, impõe-se a observância do interesse público que se encerra nos bens que lhe integram o patrimônio.

Esse novo direito, detentor de caráter verdadeiramente transindividual, ultrapassa as concepções civilistas. E, por conter em si a potencialidade da vida – direito primeiro do homem – a titularidade para defesa dos bens ambientais espalha-se na coletividade, podendo, também, ser exercida individualmente. Requer, assim, especial proteção do Estado. Em síntese, a natureza do bem ambiental necessita de tutela específica, adequada à sua natureza e que reconheça a importância desse patrimônio a ser tutelado.

3 A TUTELA AMBIENTAL

O interesse difuso que se busca tutelar, que é o bem ambiental, reveste-se de particularidades que o tornam muito próximo do Direito Público. Dada a sua natureza, em geral os interesses difusos contêm es-

² BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 263.

peculiaridades que os afastam do campo das relações de Direito Privado. Aliás, para perceber esse aspecto, é importante conceituar essa espécie de interesses.

Rodolfo de Camargo Mancuso, ao conceituar os interesses difusos, escreve que “são interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores)”³.

Os mesmos interesses difusos são conceituados por Hugo Nigro Mazzili como “os interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Compreendem grupos menos determinados de pessoas, entre os quais inexiste vínculo jurídico ou fático preciso. São como um conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos”⁴.

A tutela desses interesses difusos mereceu amparo constitucional. Conquanto não constituam direitos subjetivos propriamente ditos, merecem a tutela do Estado, por sua relevância social. É esse sentido social, ou genérico, que é abstrato, que representa o interesse público que se faz presente nesses direitos difusos. E ao se tratar de um caso concreto envolvendo a questão ambiental, também se está a tratar de um bem que tem peculiar sentido social, na medida em que poderá afetar a qualidade de vida dos indivíduos, mesmo que não envolvidos diretamente no conflito.

Sobre essa feição do Direito Ambiental, Paulo de Bessa Antunes afirma que “... a construção prática do Direito Ambiental demonstra que este, em grande medida, é fruto da luta dos cidadãos por uma nova forma e qualidade de vida”⁵.

Podemos dizer que ficam ofuscados os interesses privados nesse processo ambiental. E a lógica do processo civil, destinada a tutelar interesses privados e individuais não serve, sob pena de admitir-se um processo que não esteja sintonizado com o direito material que tutela, comprometendo-se, por aí, a eficácia da prestação jurisdicional.

Assim, Álvaro Luiz Valery Mirra afirma que, dentre os princípios

³ MANCUSO, 1997, p. 102.

⁴ MAZZILLI, 1998, p. 4.

⁵ ANTUNES, 1996, p. 15.

positivados do Direito Ambiental, está o

“[...] princípio da supremacia do interesse público na proteção do meio ambiente em relação aos interesses privados”, reconhecendo que “Esse princípio é, na realidade, um princípio geral do direito Público moderno, por meio do qual se proclama a superioridade dos interesses da coletividade, que devem prevalecer sobre os interesses dos particulares, de índole privada. Trata-se, na realidade, de verdadeiro pressuposto de estabilidade da ordem social⁶.”

Em decorrência desse princípio da indisponibilidade do bem ambiental, estabelece-se o “Princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente”, afirmado no artigo 227, da Constituição Federal. A propósito, ante a outorga de competências ambientais aos três entes da federação, o dever do Estado de proteger o meio ambiente ganha contorno especial, exigindo-se dos entes federados a cooperação na proteção ambiental.

Essa proteção, todavia, não é apenas dever do Estado, mas de todos os indivíduos, ainda mais que o “Princípio da participação popular na proteção ambiental” também é afirmado como um dos sustentáculos da defesa do meio ambiente. O bem ambiental merecedor da tutela constitucional se reveste de caráter publicista, alçando também à esfera constitucional as ações destinadas à sua proteção.

Enfim, se está diante de um direito especial, de nítida feição pública e difusa, que a todos compete proteger. Esse é, sem dúvida, o fundamento que deve nortear as ações judiciais que buscam tutelar o bem ambiental.

4 O PROCESSO E A TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Como restou demonstrado, a proteção ambiental tem caráter publicista. Trata-se, em síntese, de proteger um bem que a todos interessa e aproveita. Por essa razão, o processo destinado à prestação da tutela jurisdicional destinada à proteção ambiental tem conformação específica. De tal forma que os princípios que regulam a prestação da tutela jurisdicional destinada à proteção ambiental afastam-se, por vezes, daqueles tradicionalmente proclamados pelo processo civil.

⁶ MIRRA, 1996. p. 54.

E, mesmo inexistindo codificação específica no ordenamento, o processo que promoverá a tutela ambiental é verdadeiramente constitucional, porque é na Constituição que encontra seus fundamentos.

O surgimento de estudos acerca do Direito Processual Constitucional é recente. Definindo esse direito, José Alfredo de Oliveira Baracho afirma:

O Direito Processual Constitucional empreende o estudo dos instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais. O Direito Constitucional Processual detém-se no estudo sistemático dos conceitos, categorias e instituições processuais, consagradas nos dispositivos da Constituição⁷.

Nelson Nery Júnior, ao tratar do tema relativo ao Direito Processual Constitucional, na obra *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, afirma:

Naturalmente, o direito processual se compõe de um sistema uniforme, que lhe dá homogeneidade de sorte a facilitar sua compreensão e aplicação para a solução das ameaças e lesões a direito. Mesmo que se reconheça essa unidade processual, é comum dizer-se didaticamente que existe um Direito Constitucional Processual, para significar o conjunto das normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um Direito Processual Constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional. Não se trata, portanto, de novos ramos do direito processual.⁸

O processo adequado à tutela ambiental é o que reconheça, de antemão, as peculiaridades do bem que se pretende proteger. Importante destacar o pensamento de Carlos Alberto Salles, que destaca que “o fenômeno genericamente conhecido como globalização trouxe para o direito um aumento da influência do direito norte-americano”⁹.

O processo destinado à defesa ambiental haverá de revestir-se de um caráter sócio-coletivo, norteado pela importância a ser atribuída, acima de tudo, à tutela do bem em questão. O objetivo primário é o de obter-se, rapidamente, o bem ambiental almejado.

Os aspectos processuais não poderão, pois, sobrepor-se ao bem material tutelado. A legitimidade será, via de regra, extraordinária e as dis-

⁷ BARACHO, 1984, p. 126.

⁸ NERY JÚNIOR, 1995, p. 19.

⁹ SALLES; et. al., 2006, p. 17.

cussões acerca dessa legitimidade perdem espaço ante a verificação de que o bem ambiental a todos interessa e aproveita.

A tutela obtida num processo coletivo deverá alcançar também os individuais que não participaram da relação processual. É a eficácia *erga omnes* da coisa julgada. Por outro lado, se a lesão alegada não restar definitivamente comprovada, ensejando a improcedência da ação por falta de provas, não se faz coisa julgada, permitindo-se a formulação de novo processo, desde que trazida a prova faltante.

A intervenção de terceiros haverá de ceder espaço à celeridade que se busca no processo ambiental. Todavia, como se demonstrará adiante, o princípio da estabilidade subjetiva da demanda resta enfraquecido, na medida em que se deverá admitir a convocação, mesmo de ofício, de terceiros causadores do malefício ambiental.

A indisponibilidade é outra característica marcante das ações ambientais, que se justifica exatamente pelo interesse coletivo na questão deduzida em juízo, mesmo que trazida individualmente. Essa indisponibilidade – que representa um dos princípios do Direito Ambiental – também opera no rumo da publicização dos processos ambientais.

A tutela jurisdicional do ambiente, portanto, deverá estar atenta a essas peculiaridades desse bem e conduzir-se dentro de princípios que lhe sejam adequados e compatíveis, como garantia de sua efetividade.

5 PROCESSO, TUTELAS DE URGÊNCIA E PRINCÍPIOS AMBIENTAIS

Percebida a natureza do bem ambiental e as dificuldades de reposição desse bem, busca-se um instrumento de tutela eficaz que, como demonstrado, não se representa por um processo destinado à defesa de interesses individuais. Esse instrumental está fundado em princípios que privilegiem a natureza difusa do bem a ser tutelado. Tais princípios deverão, evidentemente, guardar sintonia com aqueles afirmados constitucionalmente.

Assim é que o devido processo legal, afirmado constitucionalmente no inciso LIV, do artigo 5º, merece destaque primeiro. É ele, como afirma Nelson Nery Júnior, “gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”¹⁰.

Refere a doutrina, ainda, que os princípios da publicidade dos

¹⁰ NERY JÚNIOR, 1995, p. 27.

atos processuais, da licitude das provas, do juiz natural e do contraditório são verdadeiras manifestações da garantia constitucional do devido processo legal.

Referindo-se ao princípio, Rui Portanova escreve que “O princípio é tão amplo e tão significativo que legitima a jurisdição e se confunde com o próprio estado de direito”¹¹. É princípio que, como diz o autor, está assentado no trinômio “vida-liberdade-propriedade”. Nasceu das aspirações democráticas e do estabelecimento dos direitos fundamentais do homem, dentro da preocupação de garantir ao cidadão um processo ordenado. José Joaquim Gomes Canotilho refere-se ao princípio dizendo que:

[...] compreende-se, pois, que o direito ao processo implique: (1) a proibição de requisitos processuais desnecessários ou desviados de um sentido conforme ao direito fundamental de acesso aos tribunais; (2) a exigência de fixação legal prévia dos requisitos e pressupostos processuais dos recursos e ações; (3) a sanação de irregularidades processuais como exigência do direito à tutela judicial^{12,13}.

Essa garantia constitucional do processo justo, ou de que a solução dos conflitos obedecerá aos mecanismos previamente estabelecidos em lei não pode ser confundida e interpretada numa visão meramente legalista, porque, se assim for, o princípio poderá constituir-se em entrave para o alcance e atingimento dos direitos buscados pela coletividade.

Como refere Rui Portanova na obra já citada, o devido processo legal não é um instrumento mecânico nem um padrão. É um verdadeiro processo de adaptação. Adaptação às novas exigências da coletividade, objetivando oxigenar a tutela jurisdicional que, modernamente, deve convergir para o social e para o atendimento dos novos direitos, entre eles a tutela ambiental.

A observância do devido processo legal – que se deverá efetivar também nas demandas ambientais – necessita de enfoque coletivo e social, não individual.

Decorrente do princípio do devido processo legal é o princípio do contraditório que, no dizer de Ovídio Araújo Baptista da Silva, dá expressão ao primeiro: “O princípio do contraditório, ou a audiência bilateral, dá

¹¹ PORTANOVA, 1997, p. 146.

¹² CANOTILHO, 1998, p. 454.

¹³ Rogério Lauria Tucci diz que o devido processo legal se consubstancia, também, numa garantia conferida pela Constituição Federal visando à consecução da tutela dos direitos nela denominados fundamentais – por isso mesmo tidos, explícita ou implicitamente, como inerentes ou essenciais ao membro da coletividade na vida comunitária. (TUCCI; TUCCI, 1989, p. 16.)

expressão a um princípio de natureza constitucional no direito brasileiro, que é o direito de defesa, ou direito ao devido processo legal, consubstanciado no art. 153, § 4º, da Constituição Federal”¹⁴.

O contraditório, pois, princípio que se afina ao princípio do devido processo legal e que deverá ser observado, deve aderir à realidade social e adaptar-se à realidade material controvertida. Isso significa dizer que, por vezes, a tutela ambiental exige decisões fundadas na ótica publicista, sem extremo apego à bilateralidade.

E o afastamento do princípio do contraditório não é novidade no processo civil. Estão aí as ações possessórias a confirmar esse fato, nas quais o deferimento de liminares sem a ouvida do réu é o procedimento comum, regulado pelas disposições do Código.

O contraditório está ligado à concepção de igualdade das partes. Na tutela ambiental, essa igualdade nem sempre existe, o que justifica a possibilidade de distanciamento do princípio, na hipótese de revelar-se necessário à proteção do meio ambiente. Aliás, esse abrandamento do princípio opera, inclusive, no rumo do estabelecimento da igualdade processual das partes. É o que afirma Rui Portanova:

O plano da concreta aplicabilidade da garantia do contraditório tem íntima relação com o princípio da igualdade, em sua dimensão dinâmica (princípio igualizador). Assim, o contraditório opera com vistas à eliminação (ou pelo menos diminuição) das desigualdades, jurídicas ou de fato, entre os sujeitos do processo.

Em síntese, acredita-se que, nas demandas coletivas ambientais, o abrandamento do princípio do contraditório pode verificar-se nas hipóteses de deferimento de liminares sem ouvida do réu, quando necessário à defesa ambiental. Todavia, a observância desse princípio constitucional se impõe em quaisquer demandas, razão pela qual não há confundir-se abrandamento com desprezo ao princípio.

O deferimento de liminares não é a regra no processo civil, ainda mais sem ouvida do adverso. A antecipação da tutela, figura recente no processo civil, admite o deferimento sem ouvida do réu. Isso, todavia, não significa inobservância do princípio já que a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra a medida liminar concedida sem sua participação.

É de referir, também, que em se tratando de ação civil pública,

¹⁴ SILVA, 1996, p. 55.

ação popular, mandado de segurança, achando-se presentes os requisitos autorizadores da concessão de liminar cautelar, o juiz fica obrigado a concedê-la, não havendo discricionariedade. Enfim, justifica-se retardar a efetivação do princípio do contraditório quando a urgência reclama, quando o bem ambiental está sendo ameaçado.

Ainda assim, esse retardamento apenas se justifica, como diz Nelson Nery Júnior, porque a concessão de liminares “é ditada no interesse superior da Justiça, dado que em certas situações a ciência dos atos processuais à parte adversa e mesmo a demora na efetivação da medida poderiam resultar em ineficácia da atividade jurisdicional”¹⁵.

O princípio do contraditório afina-se com o princípio da ampla defesa, também ele assegurado no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

O princípio da ampla defesa, no processo civil, caminha cada vez para maior abrangência, na medida em que se considera o processo não apenas um interesse da parte, mas verdadeiro interesse público, como forma de que o Estado dispõe para fazer atuar as leis que edita.

A observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa constitui atitude adequada e opera no rumo da concretização do Estado Democrático de Direito que, como afirma Rui Portanova, “exige que o contraditório se revele pleno e efetivo e não apenas nominal ou formal. Para tanto, não deve haver barreiras e entraves injustificáveis ao trabalho da parte em prol da demonstração de seu possível direito”¹⁶.

A afirmação, aliás, bem resume o que se há de buscar nos processos destinados à tutela ambiental: o desapego ao formalismo e a desconsideração dos entraves que impedem a apreciação da questão material apresentada.

Antes de adentrar no exame dos princípios do processo civil cuja observância irrestrita não parece adequada às demandas ambientais, é preciso ainda destacar o princípio constitucional da isonomia, que garante aos litigantes igualdade de tratamento. Essa igualdade, proclamada pela Constituição, é verdadeiramente uma igualdade substancial e não apenas uma igualdade formal.

A propósito, Rogério Lauria Tucci diz que “Quando cuidou de estabelecer distinção entre membros da comunhão social, fê-lo o legisla-

¹⁵ NERY JÚNIOR, 1995, p. 135.

¹⁶ PORTANOVA, 1997, p. 126.

dor tendo em vista, como de mister, a desigualdade das respectivas situações”¹⁷. Exemplifica, por exemplo, que a garantia de gratuidade judiciária aos de condição pobre considera essa desigualdade de situações.

O que se verifica no processo civil é que se privilegia a igualdade formal dos litigantes. Muito adequada essa preservação, quando se está diante de litigantes que registram equivalências de forças. Porém, é totalmente imprópria, quando se está diante de partes que revelam, muitas vezes, enorme desproporção.

A legislação extravagante, especialmente a Lei 8.078/90, já assegura o tratamento diferenciado para aqueles que não registram iguais condições¹⁸.

E no trato da defesa ambiental, a interpretação do princípio não poderá ser diferente. Por exemplo, na hipótese em que o poluidor é representado pelos grandes conglomerados econômicos, com inserção em diversos países do mundo. Evidentemente, este concentra forças muito superiores à associação ambiental local, que se lança na defesa ambiental.

Impõe-se, pois, a observância do princípio da isonomia, mas sempre garantindo a igualdade substancial dos litigantes nas ações ambientais. Isso, a propósito, é bem sintetizado por Arruda Alvim:

[...] desde que as situações possam ser havidas como efetivamente equilibradas, dever-se-á respeitar a igualdade existente entre os sujeitos de tais situações. No entanto, a partir da percepção de que inexistente essa igualdade, deve o legislador acorrer para tratar desigualmente os desiguais, pois que, assim o fazendo, é que estará fazendo com que se respeite a própria essência do princípio da igualdade¹⁹.

E, enfim, os princípios do processo civil que não parecem adequados à defesa ambiental ou, pelo menos, ensejam questionamentos na sua aplicação.

O princípio dispositivo, que impede ao juiz a busca de fatos cuja prova não tenha sido postulada pelas partes, não se revela adequado à tutela ambiental. Como ensina Ovídio Araújo Baptista da Silva, “Segundo este princípio, o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e

¹⁷ TUCCI; TUCCI, 1989, p. 42.

¹⁸ O inciso VIII, do artigo 6º, da referida Lei, afirma ser direito do consumidor “a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

¹⁹ ALVIM, 1993, p. 35.

provados pelas partes, sendo-lhe vedada à busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes”²⁰.

Esse princípio fundamenta-se na liberdade que o indivíduo tem de movimentar o Poder Judiciário, conformando a atividade jurisdicional. Para os conflitos lastreados em direitos individuais, é de extrema pertinência, inclusive porque em sintonia com os princípios das liberdades individuais. No entanto, quando se trata de defender o ambiente – que é bem de todos – o princípio dispositivo não pode nortear o processo.

A publicização do processo já retirou das partes a liberdade de limitar a atuação do juiz em relação à prova, porque hoje se admite ao julgador a determinação, inclusive de ofício, das provas que entender necessárias.

A esse respeito, reconhecendo o abrandamento do princípio dispositivo pela contraposição do princípio inquisitório, Ovídio A. Baptista da Silva exemplifica: “Nas demandas que versem sobre direitos indisponíveis, tais como as chamadas ações matrimoniais, a lei confere ao juiz amplos poderes para a investigação dos fatos da causa, tornando-se sensivelmente atenuado o princípio da disponibilidade pelas partes do material probatório”²¹.

O princípio, como atualmente compreendido, representa a disponibilidade das partes em relação aos fatos. Porém, quando o fato diz com a lesão ambiental, nem mesmo essa disponibilidade pode existir. Nenhum indivíduo tem a disposição do bem ambiental, que é proclamado bem de todos, porque aproveita à coletividade. Se o particular não tem a disposição desse bem que propõe à defesa em juízo, não se lhe poderá dar a disposição processual.

Se fosse de conferir o poder de disposição no processo, teria que se fazer para toda a coletividade. Isso justifica bem que não seja observado o princípio dispositivo, quando a demanda envolve a proteção ambiental.

Ademais, o fato de que é pública a relação jurídico-processual já é suficiente para impor seu desenvolvimento de modo a possibilitar ao julgador o total conhecimento da realidade fática.

Consequência do princípio dispositivo é o princípio da “vinculação do juiz aos fatos da causa”, que impõe a limitação da sentença às matérias deduzidas pelas partes. E o tratamento desse princípio, quando se cuida de questões ambientais, deve ser similar àquele dado ao prin-

²⁰ SILVA, 1996, p. 47.

²¹ Ibidem, p. 48.

cípio dispositivo, isto é, entendê-lo abrandado, dada a peculiaridade do bem tutelado. E mesmo quando se trate de demandas envolvendo interesses privados, ainda assim poderá justificar-se menor rigor na incidência do princípio. Rui Portanova diz que “A finalidade de princípios como este é preservar o contraditório e a ampla defesa. O intérprete, contudo, deve manter espírito aberto para colher da realidade hipóteses que – sem afrontar princípios mais relevantes – oportunizem abertura do processo para investigações absolutamente pertinentes que, via de regra, só surgem no curso da investigação”²².

A questão torna-se mais difícil quando se trata do princípio da “adstrição do juiz ao pedido da parte”, que se representa pelas disposições do Código de Processo Civil inseridas nos artigos 459 e 460. Com efeito, Ovídio A. Baptista da Silva reconhece que “Ao contrário do que acontece com o princípio dispositivo que jamais se apresenta, num determinado sistema processual, como pressuposto exclusivo de todo o ordenamento jurídico, o princípio da demanda só muito raramente admite exceções ou algum abrandamento”²³.

Porém esse princípio – que tem estreita vinculação com o princípio da estabilidade objetiva da demanda – poderá ser afrouxado nas hipóteses previstas no artigo 462 do Código de Processo Civil. E, nos casos das demandas ambientais, em que se verifiquem, posteriormente à propositura da ação, fatos novos que requeiram prestação jurisdicional diversa daquela inicialmente requerida, acredita-se que se mereça abrandar o princípio.

Ainda acerca da proposta de não vinculação ao princípio dispositivo nas demandas ambientais, existe a questão atinente ao ônus da prova, que comete ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito. Não está o juiz adstrito às provas formuladas pelas partes, regra que vige em todas as demandas do processo civil (artigo 130 do dispositivo processual). No entanto, o princípio do ônus da prova – que ganha relevo e importância frente aos fatos não provados – comina ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito.

Uma das dificuldades que se verificam nas demandas ambientais é a efetiva prova do dano, via de regra dificultada pela natureza desses danos. Percebendo essa situação, revela-se de extrema propriedade a disposição legal inserida no artigo 103, da Lei 8.078/90, que afasta os efeitos *erga omnes* das sentenças das ações coletivas, nas hipóteses de julgamento

²² PORTANOVA, 1997, p. 233.

²³ SILVA, 1996, p. 50.

de improcedência por insuficiência de prova. Foi a forma encontrada para escapar dos rigores do princípio do ônus da prova na tutela dos interesses difusos, aí compreendido o bem ambiental.

O princípio da “estabilidade subjetiva da demanda” resta enfraquecido pelo teor do artigo 103, da Lei 8.078/90, que prevê efeitos *erga omnes* e *ultra partes* para as sentenças coletivas.

A discussão acerca da legitimidade ativa, em demandas que objetivam a tutela ambiental, destoa da natureza desse bem a ser tutelado. A legitimação será extraordinária, difuso que o interesse relativo aos bens ambientais. É direito de todos o ambiente ecologicamente equilibrado. Como sustentar, frente a isso, discussões relativas à legitimidade do autor, na propositura dessas ações?

A legislação permitiu a alguns entes a propositura das ações da espécie, por exemplo, às associações de proteção ambiental, desde que regularmente constituídas. No entanto, se o bem é de interesse de todos, por que obstar sua defesa e perquirir acerca da legitimidade ativa?

É importante notar que a Lei 7.347/85, dispondo sobre a Ação Civil Pública, determina que o Ministério Público ou outro legitimado assumam a titularidade ativa, nos casos de desistência infundada ou abandono da ação de parte de associação legitimada²⁴.

Se a Lei alcança essa possibilidade, o que justifica discutir-se acerca da legitimidade ativa, em demandas dessa espécie? A toda evidência, a discussão é despropositada e apenas pode ser atribuída ao excesso de formalismo.

A permissão legal de substituição da associação que desista ou abandone a ação denota a importância conferida à defesa ambiental, na medida em que se permite a substituição da parte ativa, com o indisfarçável escopo de garantir-se a tutela do bem.

Presente tal dispositivo, relativamente ao pólo ativo da demanda, não se sustenta o princípio da estabilidade subjetiva da demanda. Aliás, não é possível admitir qualquer discussão acerca da legitimidade ativa. Se a desistência infundada ou o abandono da ação determina a substituição do pólo ativo pelo Ministério Público ou outro legitimado, não cabe qualquer discussão sobre legitimidade ativa nas demandas da espécie.

O princípio processual da preclusão também merece trato especial quando a questão é a defesa ambiental, na medida em que o interesse público envolvido não permite obstaculizar o direito pelo fechamento da

²⁴ Ver parágrafo 3º, do artigo 5º da Lei 7.347/85.

oportunidade processual. A preclusão no curso do processo depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida.

No caso das demandas ambientais, a parte não tem a disposição do objeto porque ela age como mero instrumento, para fazer acontecer o direito de todos. Ausente essa disponibilidade, percebe-se enfraquecido o princípio da preclusão.

Referindo-se ao princípio, Rui Portanova reconhece que:

O interesse público vai influenciar diversas questões, impedindo que elas sejam cobertas pela preclusão. Assim, mesmo que não haja agravo de instrumento específico, a todo tempo é possível a correção de erros materiais e a retratação em face da provisoriedade dos provimentos liminares²⁵.

Há ainda outro aspecto, que pode determinar a preclusão temporal e que merece análise em relação às demandas ambientais. Os prazos especiais do artigo 188, do Código de Processo Civil, conferidos também ao Ministério Público, são justificados pela natureza de sua atuação, em favor do interesse público. Nesse sentido, Nelson Nery Júnior diz que “Como o Ministério Público sempre atua em virtude da existência de interesse público que seja parte quer fiscal da lei, quer no processo civil, quer no penal, consulta ao interesse público o exercício de sua atividade da mais ampla e melhor maneira possível”²⁶.

Ora, no caso da associação que propõe ação coletiva ambiental, também se verifica a existência de interesse público. Nessas hipóteses, também se justificaria abrandar o princípio da preclusão temporal.

Por fim, também não pode vigorar, nas demandas ambientais, o princípio da sucumbência, que comina àquele que vai a juízo desassistido do direito o ônus de suportar as custas processuais e os honorários advocatícios. Buscar a proteção jurisdicional sobre os bens que a todos interessam não pode ensejar ao autor da demanda ambiental a responsabilização pelo pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, na hipótese de improcedência do pedido.

A sucumbência é consequência do princípio da disponibilidade, mas, no caso de tutela ambiental, há que se adotar, para todas as demandas, a solução trazida pela Lei 4.717/65 e pelo artigo 18, da Lei 7.347/85.

E para penalizar eventual comportamento culposo ou malicioso,

²⁵ PORTANOVA, 1997, p. 177.

²⁶ NERY JÚNIOR, 1995, p. 42.

estão aí as possibilidades de condenação nas penas previstas para o litigante de má-fé.

A controvérsia que se estabelece, no âmbito da Ação Civil Pública, refere-se à possibilidade de condenação do Ministério Público, não alcançado expressamente pelo artigo 18, da Lei 7.347/85. Todavia, acredita-se, nada justifica a celeuma, já que o Órgão está a defender o interesse público.

Entende-se, assim, que a observância dos princípios do processo civil, quando se trata de ações de cunho ambiental – e também das demais que cuidam dos interesses coletivos – deve efetivar-se a partir da consideração da peculiaridade do bem que se pretende tutelar, adaptando-se os tradicionais institutos aos novos reclamos da coletividade, decorrentes da evolução social.

Analizados os princípios do processo civil, que se aplicam às ações destinadas à proteção ambiental, resta a questão da aplicabilidade desses princípios, de sua efetiva atuação no processo destinado à prestação dessa tutela e da interpretação desses elementos pelos tribunais.

O processo destinado ao alcance da proteção ambiental reveste conteúdo peculiar, como reconhece Mafra Leal: “a história da ação coletiva se desenvolve com a necessidade de institucionalização de conflitos envolvendo comunidades e grupos intermediários, sem adequada representatividade política ou jurídica. Esses conflitos exigiam uma resposta concreta e imediata e não podiam ficar à espera dos demorados processos legislativos para a sua solução”²⁷.

Assim, como acima referido, as ações coletivas que se destinam à proteção ambiental merecem tratamento diferenciado e distinto das ações do processo civil (que cuida de tutelar os *direitos individuais* amparados pelo ordenamento) sob pena de obstaculizar o atingimento da tutela do direito material em tela.

Tratando-se, o bem ambiental, de direito difuso e transindividual e, mais do que isso, de direito difuso que se sobrepõe aos demais de sua categoria, deve-se tratar o processo que se destina à sua tutela de maneira especial.

Todavia, nem todos os tribunais do país reconhecem essa peculiaridade e dão trato diferenciado ao processo destinado à proteção ambiental. Não raro, questões processuais que não mereceriam maior relevância cons-

²⁷ LEAL, 1998, p. 183.

tituem-se em entraves ao enfrentamento do mérito. E a comum urgência dos procedimentos reclamados importa, muitas vezes, em frustração da tutela vindicada.

Dentre as questões processuais que se revelam discutíveis nos tribunais, envolvendo as ações destinadas à proteção ambiental, tem-se de destacar, em primeiro momento, a questão da legitimidade das partes.

Proclama o artigo 3º do Código de Processo Civil Brasileiro que “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”. Então, a discussão relativa à legitimidade é admitida nessas ações de proteção ambiental.

6 À GUIA DE CONCLUSÃO: UM PROCESSO COLETIVO É NECESSÁRIO!

Percebido o interesse de todos nos bens ambientais, afirma-se o caráter transindividual desse interesse, que é difuso, na medida em que a proteção de tais bens constitui-se em interesse público.

O desafio da proteção ambiental, do cuidado com o ambiente que constitui pressuposto de existência digna da condição humana, motiva a adoção de medidas de efetiva proteção em todo o mundo.

É certo que o Brasil conta com outros graves problemas sociais, que também conspiram contra a dignidade da existência do ser humano. Todavia, a questão ambiental não pode ser esquecida, mesmo ante todas as demais mazelas que assolam o país.

Sensível à necessidade de preservação ambiental, o ordenamento pátrio registra expressiva legislação ambiental, dispondo e regulando o trato dessa questão. No entanto, não raramente essa proteção ambiental encontra obstáculos para sua efetiva concretização. E tais obstáculos representam-se, também, pela falta de adequada tutela jurisdicional.

Essa tutela ambiental, realizada por meio de ações judiciais que seguem os princípios e procedimentos do processo civil, destinado primeiramente à solução de conflitos entre individuais, pode registrar reduzida efetividade, na medida em que sofre as influências de um processo fundado em princípios que se regem por ótica distinta.

Assim, a tutela ambiental reclama tratamento diverso. Revela-se esquivia à adoção de alguns dos princípios do processo civil, tradicionalmente concebidos para a defesa de interesses individuais.

O apego a fórmulas conservadoras, no processo ambiental, pode

determinar a frustração da tutela e dificultar a proteção desse bem de titularidade comum.

Não se nega a importância que tem o devido processo legal, na justa composição de litígios. Como também é indispensável garantir-se a ampla defesa e o contraditório, princípios afirmados na Constituição.

O que se propõe, no entanto, é que abrandar os princípios processuais de cunho evidentemente individual – usuais no processo civil em função da natureza dos bens que historicamente tutelou – é medida recomendável, que opera no rumo da criação e evolução de um processo coletivo, próprio e especial para a tutela dos bens ambientais.

A percepção de que é preciso construir-se um processo peculiar para a defesa ambiental, voltado essencialmente para a natureza e características do bem tutelado, constitui um importante passo na criação e preservação de um ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. O Código de Processo Civil, suas matrizes ideológicas, o ambiente sócio-político em que foi editado e as duas décadas em que se lhe seguiram, com suas novas necessidades. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 70, abr./jun. 1993.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1996.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**. Conceito e Legitimação para Agir. 4. ed. rev. at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor e Outros Interesses Difusos e Coletivos**. 10. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Princípios Fundamentais do Direito Ambien-**

tal. In: **Revista de Direito Ambiental**. n. 2, abr./jun. 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SALLES, Carlos Alberto de; *et. al.* (org). **Processos Coletivos e Tutela Ambiental**. Santos: Universitária Leopoldianum, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. v. 1. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. **Constituição de 1988 e Processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

Recebido em 06/01/2011

Aprovado em 26/07/2011